

## Limites do direito e o “Pós-escrito” de Hart: impressões de um advogado

*Carlos Victor Muzzi Filho\**

*Cultura não traz sabedoria,  
e é por ignorar que se cria,  
vou à livraria para tomar café.<sup>1</sup>*

**Resumo:** Baseando-se no “Pós-escrito” de Herbert Hart, com a réplica de Ronald Dworkin, procurou-se discutir, neste artigo, a possibilidade de transportar para a realidade brasileira as afirmações feitas por Hart e Dworkin. Adotou-se como critério a fragilidade do sistema jurídico brasileiro, levando em consideração as ponderações de Marcelo Neves e Niklas Luhmann sobre a *alopoiese* dos sistemas jurídicos periféricos em oposição à *autopoiese* dos sistemas jurídicos já mais consolidados do chamado Primeiro Mundo.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito. “Pós-escrito” de H. Hart. Teoria dos sistemas. Realidade brasileira.

\* Mestre e doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor da Universidade Fumec, lecionando Direito Tributário e Direito Processual Constitucional. Professor em curso de especialização em Direito Tributário nas Faculdades Milton Campos. Atua profissionalmente como advogado e, também, como Procurador do Estado de Minas Gerais

<sup>1</sup> BALEIRO, Zeca [José Ribamar Coelho Santos]. *Mais um dia cinza em São Paulo*. Disponível em: <letras.mus.br > MPB > Zeca Baleiro>. Acesso em: 28. jul. 2012.

## 1 INTRODUÇÃO

Há vinte anos militando na advocacia, guardava respeitosa distância dos temas da Teoria do Direito, enfronhado em temas do cotidiano forense, limitado a textos normativos prosaicos, com pouquíssimo espaço para estender as discussões para além do que estava contido em leis, decretos, súmulas ou precedentes dos tribunais brasileiros. O *sentido do direito*, assim, era questão sem sentido.

A decisão de cursar o doutorado, porém, obrigou-me a retomar contato com temas mais abstratos, em busca daquele *sentido* que parece escapar pelas vicissitudes da prática forense. Leituras antigas de Hans Kelsen eram o máximo de fundamentação teórica que eu poderia trazer para discutir temas fundamentais do Direito. Impressionou-me, então, nesse retorno aos bancos escolares, o debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, estampado em textos nos quais se fazia explícita a divergência de ideias que, atualmente, já são alinhadas sob o título de *pós-positivismo*.

Em primeiro lugar, impressionou-me o debate porque essa espécie de discussão não me era familiar, visto que, ao menos em temas tributários, não é muito comum, na doutrina brasileira, o debate, preponderando, antes, a omissão. Correntes doutrinárias, no mais das vezes, não dialogam, não debatem, havendo a opção por ignorar ou desconsiderar as críticas e as divergências, fragilizando-se, assim, a justificação das teses sustentadas. O debate, nesse contexto, não ocorre, prevalecendo o autoelogio entre aqueles que compartilham as mesmas teses. Proposições teóricas quase que se transformam em dogmas, aceitos pelos membros da *seita jurídica* como verdade incontestável, não havendo, porém, efetivo debate sobre essas proposições teóricas.

Em segundo lugar, impressionou-me fortemente o próprio conteúdo do debate, que até então desconhecia, não obstante a relevância dos temas tratados e não apenas por Hart e Dworkin,

mas por tantos outros autores, que, muito antes de meros *seguidores*, tornavam-se *empreendedores*, desenvolvendo novos argumentos ou variações de argumentos já utilizados, tornando cada vez mais rico o debate.

Embora correndo o risco comum àqueles que se tentam ir além das sandálias, aventurei-me tecer algumas considerações sobre a discussão, tomando como ponto de apoio, ante a farta bibliografia existente sobre ela, os argumentos contidos no Pós-escrito de Hart, texto inserido em *O conceito de direito*<sup>2</sup>, e em “O ‘Pós-escrito’ de Hart e a questão da filosofia política”, de Dworkin, publicado em *A justiça de toga*<sup>3</sup>. Paralelamente, serviram-me de guia as considerações feitas pelo professor Thomas da Rosa de Bustamante, notadamente o primeiro item do capítulo sobre os “Fundamentos de uma teoria pós-positivista do precedente judicial”, em *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*<sup>4</sup>. Por fim, também fui buscar apoio em proposições teóricas de Niklas Luhmann<sup>5</sup> e Marcelo Neves<sup>6</sup>, embora

<sup>2</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 307.

<sup>3</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>4</sup> Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. Registro que foram nas aulas do Prof. Thomas Bustamante, proferidas no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, na disciplina “Temas de Teoria do Método Jurídico – A teoria jurídica pós-hartiana: o positivismo contemporâneo e os seus críticos”, ministrada no primeiro semestre de 2012, que tomei contato com o debate entre Hart e Dworkin, ficando aqui registrado meu agradecimento ao Prof. Thomas Bustamante pelo entusiasmo e pela competência com que se dedicou às aulas.

<sup>5</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005.

<sup>6</sup> Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

de forma ainda muito incipiente, mas que me permitiram fazer certo contraponto às ponderações de Hart e Dworkin.

Essas impressões, assim, representam não as conclusões, mas as primeiras ponderações de um *prático* diante do debate travado por Hart e Dworkin, que viu nesse debate uma discussão sobre os próprios limites do direito, é dizer, sobre aquelas situações que, inserindo-se nas fronteiras do sistema jurídico, parecem querer escapar ao próprio sistema jurídico, notadamente no Brasil. E muito embora não devesse fazê-lo, reconheço que tais impressões bem podem ser a reação ao desconhecido, a algo que não domino, motivo pelo qual é mais fácil negá-lo que efetivamente compreendê-lo. “E foste um difícil começo, afasto o que não conheço”, cantaria Caetano Velloso<sup>7</sup>, em provável resumo para este trabalho.

## 2 O “PÓS-ESCRITO” E A NECESSIDADE DE (RE) EXPLICAR O CONCEITO DE DIREITO

Ao escrever o “Pós-escrito”, Hart estaria mais preocupado em responder a Dworkin, “seu sucessor em Oxford”, o que lhe teria, na opinião de MacCormik, absorvido “a energia intelectual durante os últimos anos de vida”<sup>8</sup>. Não se trata, portanto, “de uma reflexão ampla sobre a filosofia jurídica à luz da imensa e variada resposta gerada por sua obra. É uma resposta a Dworkin, com algumas referências subsidiárias a uma ou outra figura significativa”<sup>9</sup>.

Nesse compasso, Hart reafirma a maior parte de suas ideais, embora desenvolva novas explicações e argumentos, de modo a

<sup>7</sup> VELOSO, Caetano. *Sampa*: letras. Disponível em: <<http://www.vagalume.com.br/caetano-veloso/sampa.html>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

<sup>8</sup> MACCORMIK, Neil. *H. A. L. Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15.

<sup>9</sup> MACCORMIK, 2010, p. 15.

tornar mais claro o que já havia afirmado. Em outras passagens, profere *mea-culpa*, admitindo falhas ou omissões no texto original, falhas e omissões que tenta suprir, mantendo, contudo, o cerne da argumentação. Assim, por exemplo, ao tratar dos princípios jurídicos, reconhece:

[...] falei muito pouco sobre o tópico da decisão judicial concreta e sobre o raciocínio jurídico, e, especialmente, sobre os argumentos derivados daquilo que meus críticos denominam princípios jurídicos. Admito agora, como um defeito deste livro, que a questão dos princípios só é abordada de passagem<sup>10</sup>.

Mais adiante, após desenvolver seus argumentos, pontua que “a incompatibilidade que Dworkin postula, entre a admissão dos princípios como parte do direito e a doutrina de uma norma de reconhecimento, certamente não existe”<sup>11</sup>.

Em termos mais gerais, Hart procura responder às críticas de Dworkin afirmando, de plano, que sua teoria não recusa fundamentos morais ao Direito, embora entenda que eles não seriam necessários. Ao explicitamente aceitar a qualificação de *positivista brando* (*soft*), Hart nega a crítica de Dworkin de que “o conceito do direito” sustentaria um “positivismo ‘dos simples fatos’” (*plain-fact positivism*). Segundo Hart, “minha teoria não é uma teoria positivas ‘dos simples fatos’, já que admite valores entre os critérios de direito, e não apenas ‘simples’ fatos”<sup>12</sup>, voltando a reafirmar, mais à frente, o “erro” de Dworkin:

[...] [Dworkin] ignora minha aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar como critérios

<sup>10</sup>HART, 2012, p. 335.

<sup>11</sup>HART, 2012, p. 343.

<sup>12</sup>HART, 2012, p. 321.

de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que tem sido chamado de ‘positivismo brando’ (*soft positivism*), e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo “dos simples fatos”<sup>13</sup>.

E Hart não vê contradição entre o “positivismo brando” e “a visão geral positivista do direito”, no que concerne à garantia de segurança às decisões jurídicas, que não ficariam na dependência de “argumentações morais discutíveis”<sup>14</sup>. Haveria, na opinião de Hart, exagero no “grau de certeza que o positivista coerente precisa atribuir a um conjunto de padrões jurídicos”, uma vez que sempre permanecerá “uma ‘penumbra’ de incerteza”, admitindo, pois, a incompletude do direito. Embora mais longa, vale a transcrição:

[...] Aqui, a questão subjacente diz respeito ao grau ou à extensão da incerteza que um sistema jurídico pode tolerar para que lhe seja ainda possível qualquer evolução significativa, de um regime descentralizado de normas consuetudinárias a outro capaz de oferecer orientações geralmente confiáveis e decisivas para a conduta, identificáveis com antecedência.

A segunda crítica de Dworkin à congruência de minha versão do positivismo brando suscita indagações diferentes e mais complexas sobre a determinabilidade e a completude do direito. [...] o direito é, nesses casos [difíceis] fundamentalmente incompleto: não oferece

<sup>13</sup>HART, 2012, p. 323, esclareci. Neil MacCormik, empregando outros termos, explica que, para Hart, é “possível que a regra de reconhecimento de um sistema inclua, efetivamente, normas morais entre as normas que a regra requer que os juízes apliquem na decisão de casos [...]. Alguns sistemas jurídicos têm esse caráter, mas nem todos, e esse não é um aspecto necessário dos sistemas jurídicos”, razão pela qual Hart deve ser incluído entre os positivistas *moderados* ou *inclusivos*. (MACCORMIK, 2010, p. 210)

<sup>14</sup>HART, 2010, p. 324.

*nenhuma* resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino ‘discrecionariiedade’. Dworkin rejeita a ideia de que a lei possa ser assim incompleta, deixando lacunas a serem preenchidas pelo exercício dessa discrecionariiedade criativa<sup>15</sup>.

Ainda em um plano mais geral, Hart torna evidente sua discordância, em relação a Dworkin, sobre o “objetivo do direito”, o qual, para Hart, não seria “justificar a coerção”:

Na verdade, acho totalmente inútil buscar qualquer objetivo mais específico ao qual o direito como tal possa servir, além daquele de constituir um guia para a conduta humana e oferecer critérios para a sua crítica<sup>16</sup>.

Tantos outros aspectos são tratados no “Pós-escrito”, mas destaco especialmente, para as considerações que se seguem, a reafirmação do caráter geral e descritivo da Teoria do Direito, *Jurisprudence*, tal como sustentada por Hart. Inegável é a pretensão de descrever não um “sistema jurídico ou cultura jurídica específicos”, mas “uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, ‘normativo’)”<sup>17</sup>. Portanto, reafirma Hart que sua teoria tem por objeto “o Direito”, embora, em diversas passagens, suas afirmações sejam limitadas ao “direito inglês e norte-americano”, como se vê na explicação da “norma de reconhecimento como uma regra alicerçada numa forma convencional de consenso jurídico”. Isso porque, conforme Hart,

<sup>15</sup>HART, 2012, p. 325-326, grifo do autor.

<sup>16</sup>HART, 2012, p. 321.

<sup>17</sup>HART, 2012, p. 309.

“parece perfeitamente claro que seu fundamento seja realmente este, pelo menos no *direito inglês e norte-americano*”<sup>18</sup>.

Nos tópicos seguintes, assinalo minhas impressões sobre esses dois pontos importantes desenvolvidos ou reafirmados por Hart, quais sejam, a existência de uma Teoria do Direito que seja *geral* e se aplique a qualquer sistema jurídico, e a fundamental incompletude do Direito, cujo objetivo ou fim é servir de *guia* para a conduta das pessoas.

### 3 O DIREITO NOSSO DE CADA DIA

Somente por um desvio de perspectiva é possível, a meu ver, sustentar uma Teoria do Direito que seja *geral*, isto é, extensível a qualquer sistema jurídico, não importando a sociedade em que esteja alojado esse sistema jurídico.

Desvio de perspectiva justificado pela predominância de um modelo social, político, jurídico, econômico e cultural de origem europeia, região do planeta que se impôs como predominante ao longo dos últimos cinco séculos pelo menos. Por outras palavras, a *globalização* cria a ilusão de que o modelo europeu ocidental seria *o modelo* de padrão civilizatório, de modo que se poderia, no campo jurídico, por exemplo, desenvolver a Teoria do Direito. E essa *globalização*, frise-se, não é de agora, mas tem origem no que se poderia chamar de *exportação* do domínio europeu sobre grande parte do globo terrestre, desde os primeiros impérios, de origem ibérica (Portugal e Espanha, no século XVI), passando pelo Império Britânico (onde, desde o século XVII, o Sol nunca se punha) até chegar ao *imperialismo europeu*, que retalhou a África e o Oriente Médio entre ingleses, franceses, portugueses, alemães, holandeses e italianos (já nos séculos XIX e XX). De resto, esse domínio

<sup>18</sup>HART, 2012, p. 344, grifos nossos.



européu se viu enfatizado pelo desenvolvimento e predomínio norte-americano, cuja identidade com a antiga metrópol, permite afirmar sua participação nesse modelo europeu.

E não há como negar certa tendência à uniformização de padrões jurídicos, embora permaneçam destoando alguns sistemas jurídicos que, incrustados em sociedades bem diferentes, escapam àqueles padrões, bastando lembrar as sociedades teocráticas de origem islâmica, cujas regras jurídicas causam verdadeira ojeriza aos padrões europeus (ou, como quiser, aos padrões *civilizados*).

Se, como propõe Niklas Luhmann<sup>19</sup>, o Direito é “sistema parcial da sociedade”<sup>20</sup>, parece-me óbvia a conclusão de que a generalização da Teoria do Direito haveria de presumir a generalização de um modelo de sociedade. E as recorrentes alusões de Hart ao direito inglês, ou norte-americano, apontam para a dificuldade de generalizar a Teoria do Direito, que deve retratar as peculiaridades da sociedade em que se insere o Direito. Aliás, é o próprio Hart que admite ter “escrito originalmente este livro [O conceito de direito] tendo em mente os estudantes ingleses como leitores”, embora o livro tenha conquistado “uma circulação mais ampla”<sup>21</sup>. Sob esse ângulo, há um vício de origem na teoria *hartiana*, justamente porque ela não pode se revelar tão *geral* como se proclama, a não ser que faça tábula rasa dos contextos sociais tão díspares em que incrustados os sistemas jurídicos.

O que se vem de dizer não afasta a possibilidade de reconhecer certos padrões jurídicos, “categorias lógico-jurídicas”, como propõe José Souto Maior Borges<sup>22</sup>, embasando-se claramente

<sup>19</sup>LUHMANN, 2005, p. 188-189.

<sup>20</sup>NEVES, 2007, p. 134.

<sup>21</sup>HART, 2012, p. 305, esclareci.

<sup>22</sup>BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias: uma introdução metodológica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 15 *et seq.*

em Hans Kelsen<sup>23</sup>. Mas mesmo essas *categorias lógico-jurídicas* podem ser deturpadas por determinado direito positivo, por conceitos *jurídico-dogmáticos*, também no sentido empregado por José Souto Maior Borges<sup>24</sup>. Não há, pois, garantia de uniformidade em relação a essas *categorias lógico-jurídicas*.

Thomas da Rosa de Bustamante, ao explicar o modelo proposto por Dworkin, *Law as integrity*, aponta os pressupostos de tal modelo:

A ideia de *integrity* pressupõe um modelo de comunidade segundo o qual os indivíduos que compõem essa comunidade compartilham determinada compreensão acerca da moral e dos fundamentos de convivência em sociedade<sup>25</sup>.

A *Teoria do Direito*, para ser geral, como propõe Hart, igualmente parece presumir determinado “modelo de comunidade” no qual sejam compartilhadas certas compreensões sobre a “convivência em sociedade”. Daí por que me é difícil aceitar uma teoria geral que consiga abranger todos os *sistemas jurídicos* existentes, visto que tais sistemas existem em *modelos de comunidade* que guardam pouca uniformidade sobre os *fundamentos de convivência social*.

Em tom de blague, se diz que “o inglês respeita a lei, e repele ou despreza a autoridade. O francês, pelo contrário, respeita a autoridade e despreza a lei”<sup>26</sup>. A pilhéria ilustra quão diferente podem ser os *fundamentos da convivência social* em sociedades

<sup>23</sup>BORGES, 1984, p. 15-16.

<sup>24</sup>BORGES, 1984, p. 23.

<sup>25</sup>BUSTAMANTE, 2012, p. 136.

<sup>26</sup>RÓNAI, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 494.

distintas, fundamentos que são questionados por Roberto da Matta em interessante estudo sobre o trânsito no Brasil<sup>27</sup>.

Sustenta Roberto da Matta que o trânsito caótico no Brasil, com índices alarmantes de mortalidade, “põe a nu nossas receitas hierárquicas e sua inaplicabilidade no mundo moderno”<sup>28</sup>. O trafegar pelas vias públicas – *espaço público* em sua literalidade – demonstra a ausência de preocupação com a igualdade nas relações sociais que aqui se desenvolvem, pautadas por um modelo hierárquico, que Roberto da Matta afirma decorrer da “dificuldade de lidar com um mundo no qual ninguém sabe ou quer saber quem é o outro, que deve ser sempre superior ou inferior, jamais um igual”<sup>29</sup>. Nesse contexto, o trânsito expõe o dilema brasileiro, “de um espaço público construído como igualitário, mas sobre o qual condutores de veículos e pedestres atuam com expectativas hierárquicas. Um palco desenhado para cidadãos que, entretanto, nele atuam como aristocratas”<sup>30</sup>.

Claro que, neste trabalho, a apreciação do contexto social brasileiro, posto que resumida, é correta, porque a desigualdade é patente na sociedade brasileira, não apenas desigualdade econômica, mas desigualdade social no sentido apontado por Roberto da Matta, João Gualberto Moreira Vasconcellos e Ricardo Pandolfi: as relações sociais são vistas não como relações entre iguais, mas entre inferiores

<sup>27</sup>Cf. MATTÁ, Roberto da; VASCONCELLOS, João Gualberto Moreira; PANDOLFI, Ricardo. *Fé em Deus e pé na tábua*: ou como e por que o trânsito enlouquece no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

<sup>28</sup>MATTÁ; VASCONCELLOS; PANDOLFI, 2010, p. 97.

<sup>29</sup>MATTÁ; VASCONCELLOS; PANDOLFI, 2010, p. 97. Interessante também a classificação que os autores fazem entre “conhecidos”, que “se espalham e classificam numa escala que vai do mais próximo (e querido) ao mais distante (e indiferente ou odiado). Fora desse círculo, existem os superiores (dignos de medo e respeito) ou inferiores (indignos de respeito, ignorantes, e, por isso, incapazes de nos compreender)”. (MATTÁ; VASCONCELLOS; PANDOLFI, 2010, p. 97)

<sup>30</sup>MATTÁ; VASCONCELLOS; PANDOLFI, 2010, p. 98.

e superiores (conhecidos e desconhecidos), o que deturpa a atuação dos atores no espaço público<sup>31</sup>.

A compreensão do Direito, nesse contexto social, há que considerar essas peculiaridades, não se podendo aceitar, sem maiores ponderações, a transposição de modelos construídos da experiência histórica e social da Inglaterra, ou da Europa, ou dos Estados Unidos. São evidentes, por exemplo, as distinções entre o desenvolvimento histórico norte-americano e o brasileiro, desde a forma de colonização, as próprias características físicas dos países, até o modelo de formação do respectivo Estado Nacional. A independência norte-americana se fez por meio de verdadeira revolução, com conflito militar com a metrópole colonial, contribuindo para a formação daquele *modelo de comunidade* que comunga de uma mesma *base moral*; no Brasil, porém, a independência se fez também para atender às injunções da monarquia portuguesa,<sup>32</sup> de forma que não se formou,

<sup>31</sup>Cf. MATTA; VASCONCELLOS; PANDOLFI, 2010.

<sup>32</sup>Inegavelmente, o tema comporta muita discussão, mas anote-se que Carlos Guilherme Mota e Adriana Lopez sustentam a tese de que Pedro I, o “imperador do Brasil pretendia favorecer uma futura reunião do império português. Além de ele próprio ser absolutista, tinha também a perspectiva de retornar a Portugal como sucessor de João VI” (MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Senac, 2008. p. 333), tese referendada pela abdicação de Pedro I, ou Pedro IV (em Portugal), em 1831. Ainda segundo os autores, coexistiam no Brasil dois “partidos”, o “português, formado por comerciantes ligados aos monopólios, defendia a manutenção dos laços com a metrópole”, enquanto o “partido brasileiro” era formado por lideranças dos produtores de gêneros tropicais de exportação”, mas ambos “temiam as consequências da agitação popular. [...] Mas o temor maior dos membros dessa elite era ter de ampliar a base de participação num futuro governo independente, com a inclusão de representantes populares e – o que lhe parecia insuportável – negros” (MOTA; LOPEZ, 2008, p. 332). Calha, ainda, a observação de Caio Prado Júnior, autor que, segundo Mota e Lopez, “foi o historiador que melhor definiu o sentido da Revolução da Independência, indicando o caráter de ‘arranjo’ que iria marcar os períodos subsequentes da história do novo Estado-nação”. (MOTA; LOPEZ, 2008, p. 348)

verdadeiramente, uma identidade nacional que pudesse resultar na formação de um *modelo de comunidade* que compartilhasse a mesma *identidade moral*.

As peculiaridades da sociedade brasileira, que se traduzem em peculiaridades do nosso Direito, não foram – e nem poderiam, ou deveriam ser – objeto de cogitação por parte de Hart. O modelo por ele concebido, como já anotado, teve em mira os estudantes ingleses, e, malgrado a pretensão universalizante (própria, talvez, de quem era súdito da *Commowealth*), parte de pressupostos que, em minha opinião, não podem ser reconhecidos na realidade brasileira. Volto, uma vez mais, a Roberto da Matta, João Gualberto Moreira Vasconcellos e Ricardo Pandolfi quando anotam que as ilegalidades que se cometem no trânsito não têm uma solução *a priori*, porque não se tem *segurança* sobre a aplicação das regras jurídicas, predominando o conhecido “vamos ver”:

Disso resulta a insegurança de não se saber se a prevalência será de um processo que contemple a pessoa, suas relações e seu veículo, reafirmando a desigualdade como norma; ou se irá predominar o princípio da igualdade, que, teoricamente, deve valer para todos. Esse *vamos ver* que usamos nos tantos casos em que alguém é denunciado revela o conflito estrutural entre a lei que manda punir o crime e – eis a questão – quem o cometeu. Pois, de acordo com o ator, a lei entra em causa, colapso, suspensão e até mesmo esquecimento. O *vamos ver* é a dúvida do resultado final, qual seja: se o sujeito (por seu capital político e social) vai englobar ou subordinar a lei em sua pessoa ou se vai ocorrer o contrário<sup>33</sup>.

Não estou a afirmar uma perfeição nas sociedades europeias ou norte-americana, nem a negar a existência de desigualdades ou

---

<sup>33</sup>MATTA; VASCONCELLOS; PANDOLFI, 2010, p. 98, grifos dos autores.

tratamento não jurídico a determinados atores sociais (e a “*guerra ao terror*”, implementada após os atentados de 11 de setembro de 2001, é evidência sobre distorções também nos países do chamado *primeiro mundo*). Ocorre que, naquelas sociedades, essas distorções ocorrem com muito menos intensidade, sendo exceções à regra, ao passo que, no caso brasileiro, tornam-se a regra cotidiana. Mas nem por isso estou também a sustentar um determinismo histórico, que condene a sociedade brasileira à perpetuação da desigualdade. Longe disso, sou de certa maneira otimista, porque vejo avanços (sociais e institucionais), mas esse otimismo não me impede de constatar a ausência, nessa quadra histórica, de um *modelo de comunidade* que permita compreender o Direito da mesma forma como compreendido por Hart e os autores que, a partir de sua obra, também se debruçaram sobre a Teoria do Direito. Os conceitos desenvolvidos partindo de uma realidade predominantemente anglófila ou europeia, embora ofereçam certas facilidades, ainda se apresentam insuficientes para a melhor explicação do Direito brasileiro.

#### 4 OS LIMITES DO DIREITO: ATÉ ONDE CHEGAM AS SOLUÇÕES E EXPLICAÇÕES JURÍDICAS

A compreensão do Direito, ou da Teoria do Direito, baseando-se na realidade brasileira, provoca-me, também, outra ordem de impressões, que se relacionam com os próprios limites do Direito. Hart expressamente admite que, nos convencionalmente chamados *casos difíceis*, o Direito é “fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta”<sup>34</sup>. Assim, segundo Hart, e aqui ele oferece resposta ao “direito como integralidade” de Dworkin, o

---

<sup>34</sup>HART, 2012, p. 326.

poder conferido ao juiz para, nos casos difíceis, criar o direito, é um *poder intersticial*:

[...] diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos<sup>35</sup>.

Haverá, então, um grau de discricionariedade mais elevado na decisão a ser tomada pelo juiz, decisão que não se mostra aferível apenas por critérios jurídicos já determinados:

Pois, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva<sup>36</sup>.

A discussão em torno do “Pós-Escrito” centra-se, principalmente, nos critérios a serem utilizados para se criar o direito, isto é, para se definir as fronteiras do sistema jurídico, discutindo-se a

<sup>35</sup>HART, 2012, p. 352, *passim*.

<sup>36</sup>HART, 2012, p. 355. Hart afirma que Dworkin, ao criticar a tese da criação *ex novo* do Direito pelo juiz, acusa tal criação de injusta, por implicar em “uma forma de legislação retroativa ou *ex post facto*, que, evidentemente, em geral é considerada injusta”, além de implicar em insegurança jurídica, porque “frustra as expectativas justificadas daqueles que, ao agir, depositaram sua confiança na suposição de que as consequências jurídicas de seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido quando tais atos foram praticados” (HART, 2012, p. 356). Hart, contudo, rejeita a crítica reafirmando a tese de que os casos difíceis são justamente aquele que não possuem regulamentação jurídica prévia, porque o Direito os “regulamentou de forma incompleta e para os quais não existe situação jurídica conhecida, ou direito claramente estabelecido, que justifique as expectativas”. (HART, 2012, p. 356)

existência, ou não, se me é permitida a expressão, de uma âncora moral para os sistemas jurídicos. Os positivistas mais extremados afirmam que essa âncora não existe, ao passo que os *positivistas brandos* admitem que o Direito a utiliza, mas afirmam não ser necessária essa âncora moral.

No caso brasileiro, contudo, mostra-se necessária, em razão das vicissitudes de nossa sociedade, a consideração da chamada *alopoiése* do sistema jurídico, em desenvolvimento da tese de Niklas Luhmann sobre a caracterização do sistema jurídico como *sistema autopoietico*<sup>37</sup>. Marcelo Neves assevera que o “modelo luhmanniano do direito moderno (positivo) como sistema autopoietico é, numa perspectiva empírica, suscetível de restrições. A determinação alopoiética do direito prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial)”<sup>38</sup>. Segundo Neves, há normas jurídicas, no sistema brasileiro, que configuram “apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fim por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa”<sup>39</sup>, apresentando então a tese da existência de uma *legislação simbólica*:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como a produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico<sup>40</sup>.

<sup>37</sup>Cf. LUHMANN, 2005.

<sup>38</sup>NEVES, 2007, p. 140.

<sup>39</sup>NEVES, 2007, p. 33.

<sup>40</sup>NEVES, 2007, p. 30. Concordando com Marcelo Neves, Niklas Luhmann afirma ser concebível *que en muchos países en via de desarrollo se observe que*



O Direito, assim, deixa de operar por meios de seu *código binário*, lícito/ilícito, cedendo passo a outros sistemas sociais (econômico, político, etc.), aspecto que me parece igualmente não apreciado por Hart, ao menos no “Pós-Escrito”, dada a ênfase na discussão entre as relações entre o sistema jurídico e o sistema moral. No caso brasileiro, não pode ser menosprezada sequer a possibilidade de que a *alopoiense* se imponha, desfazendo as separações entre o sistema jurídico e o ambiente social, de modo que o Direito passe a ser regido por critérios diretamente impostos por outros sistemas sociais (sistemas econômico, político, religioso, etc.).

Não se desconhece, por outro lado, a crítica de Misabel Derzi à tese de Marcelo Neves, malgrado ela reconheça que as

palavras de Marcelo Neves guardam grande dose de verdade, se considerarmos a ideia de ‘concretização’ da Constituição da República, [...] ou seja, em sentido muito amplo, como ideia de contraste entre o texto normativo e a prática jurídica/política/econômica em seu todo<sup>41</sup>.

Segundo Misabel Derzi, o eventual *déficit* de concretização não permite qualificar como *alopoiético*, o sistema constitucional brasileiro, argumentando que a tese proposta por Neves

demandaria do crítico uma demonstração, em escala estatística aceitável, da recepção pela Corte Suprema de

---

*las Constituciones sirven, de manera casi exclusiva, como un instrumento de la política simbólica, porque aún no se ha logrado clausurar operativamente el sistema jurídico y hacerlo impermeable a la influencia de la política y otras fuerzas sociales.* (LUHMANN, 2005, p. 549)

<sup>41</sup>DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*: proteção da onfiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009. p. 43.

semântica sistematicamente rejeitada pela doutrina e pelos precedentes, além da regular contradição de seus julgados e sua inconsistência e imprevisibilidade<sup>42</sup>.

Para Misabel Derzi, poderia haver “erros [...], com relativas inconsistências semânticas, mas não há um sistema jurídico que não os tenha”<sup>43</sup>. Portanto, não é correto afirmar, a baseando-se nesses *erros*, que nosso sistema jurídico também não seja “autopoiético, autorreferencial”, à semelhança dos sistemas jurídicos do chamado Primeiro Mundo, nos quais a Constituição é definida nos termos propostos por Niklas Luhmann<sup>44</sup>.

Em outro trabalho, ainda inédito<sup>45</sup>, procurei examinar caso concreto em que o Supremo Tribunal Federal deixou de decidir fundamentando-se em critérios jurídicos, adotando critérios políticos ou econômicos. Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu estar decidindo com base em critérios não jurídicos, mas a argumentação desenvolvida, a meu ver, apenas pretendeu camuflar a impossibilidade de uma decisão exclusivamente jurídica<sup>46</sup>. Tratava-se de pedido de intervenção federal (art. 34 da Constituição Federal<sup>47</sup> direcionada ao Estado de São Paulo, em razão da omissão reiterada dele no pagamento de seus precatórios, descumprindo, pois, decisão judicial (inciso VI do art. 34). A intervenção foi indeferida pelo STF, vencido o Relator Ministro Marco Aurélio. Não pretendo discutir o

<sup>42</sup>DERZI, 2009, p. 43-44.

<sup>43</sup>DERZI, 2009, p. 44.

<sup>44</sup>DERZI, 2009, p. 35, 39, 44, *passim*.

<sup>45</sup>Cf. MUZZI FILHO, Carlos Victor. *O mundo cabe nos princípios jurídicos?* Inédito, 2012.

<sup>46</sup>MUZZI FILHO, Carlos Victor. *O mundo cabe nos princípios jurídicos?* Inédito, 2012.

<sup>47</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF n. 2.915-SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário do Judiciário*, 28 nov. 2003.

caso, mas salientar que o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto (vencedor), fundou-se especialmente na afirmação de que impossibilidade de ordem material tornaria inútil a solução jurídica:

Como tenho afirmado, esse exame de dados concretos, ao invés de apenas argumentos jurídicos, não é novidade no direito comparado. No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto<sup>48</sup>.

Em países periféricos, para utilizar a expressão de Marcelo Neves<sup>49</sup>, a âncora moral é, muitas vezes, ignorada, cedendo a apelos econômicos, políticos, religiosos, que dão peculiar característica ao sistema jurídico, que se desgarra, então, do modelo hegemônico em países europeus (ocidentais), ou nos Estados Unidos, dentre outros. O Direito encontra outros limites que inviabilizam sua compreensão, ao menos de acordo com o figurino adotado por grandes nomes da Teoria do Direito, que, repito, não consideram as peculiaridades de sistemas jurídicos periféricos.

## 5 CONCLUSÃO

A partir, então, da leitura do “Pós-escrito”, retorna à mente a advertência de Jean Cruet, que, ainda no século XIX, apontava uma “ilusão de óptica” própria do jurista, que “é naturalmente levado a crer que toda a vida social se organiza e se move sob o

---

<sup>48</sup>BRASIL, 2003.

<sup>49</sup>Cf. NEVES, 2007.

império absoluto das leis; não é, de fato, através das leis que ele tem o costume de observar sempre a vida?”<sup>50</sup>.

Enfim, se as polêmicas desenvolvidas com a “virada hartiana”<sup>51</sup> descortinaram uma série de questões complexas, e ainda não resolvidas, ousar afirmar que essas questões se tornam ainda mais complexas se examinadas da perspectiva dos países periféricos. Torna-se necessário acrescentar variáveis múltiplas, sejam as relativas à ausência daquele *modelo de comunidade* pressuposto por Hart e Dworkin, sejam as relativas às próprias possibilidades do sistema jurídico, que muitas vezes se perde no ambiente social, desfazendo suas fronteiras. Os desafios à Teoria do Direito, portanto, têm inegável *cor local*, que não deve ser desprezada pelo jurista, tornando-se muito difícil, para não dizer impossível, a adoção de um modelo global de Direito.

### Limits of the Law and Hart’s “Postscript”: a lawyer’s impressions

**Abstract:** Relying on Herbert Hart’s “Postscript”, with a response by Ronald Dworkin, this article aimed at discussing the possibility of bringing Hart’s and Dworkin’s claims into Brazilian reality. The fragility of the Brazilian legal system was adopted as a criterion, taking into account Marcelo Neves’s and Niklas Luhmann’s reflections on the allopoiesis of peripheral legal systems as opposed to the autopoiesis of the more consolidated legal systems in the so-called First World.

**Keywords:** Theory of Law. H. Hart’s Postscript. Systems theory. Brazilian reality.

<sup>50</sup>CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Aillaud; Alves [19--]. p. 5.

<sup>51</sup>BUSTAMANTE, 2012, p. 131.

## REFERÊNCIAS

BALEIRO, Zeca [José Ribamar Coelho Santos]. *Mais um dia cinza em São Paulo*. Disponível em: <letras.mus.br › MPB › Zeca Baleiro>. Acesso em: 28 jul. 2012.†

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF n. 2.915-SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário do Judiciário*, 28 nov. 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Aillaud; Alves [19--].

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005.

MACCORMIK, Neil. *H. A. L. Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MATTA, Roberto da; VASCONCELLOS, João Gualberto Moreira; PANDOLFI, Ricardo. *Fé em Deus e pé na tábuá: ou como e por que o trânsito enlouquece no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Senac, 2008.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. *O mundo cabe nos princípios jurídicos?* Inédito, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RÓNAI, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

VELOSO, Caetano. *Sampa: letras*. Disponível em: <<http://www.vagalume.com.br/caetano-veloso/sampa.html>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

Aceito em 8 de março de 2013.